القياس في القانون المدني والفقه الإسلامي (*)

د. عامر عاشور عبد الله
مدرس القانون المدني
كلية الحقوق / جامعة كركوك

المستخلص

القياس هو اعطاء حالة غير منصوص على حكمها حكم حالة اخرى ورد نص بحكمها لتماثل العلة بين الحالتين ، وترجع أهمية الأخذ بالقياس إلى أن أي تشريع مهما علت منزلته لايمكن ان يعرض للحالات والاوضاع جميعها التي تنشأ عن العلاقات بين الناس ، سواء ما كان منها قائماً عند وضع التشريع او تلك التي تستجد بعد صدوره ، فقد لاتستدعي الأوضاع القائمة ان تحكمها النصوص في القانون، و ان المشرع لايستطيع ان يتوقع في كثير من الاحيان الاوضاع التي قد تستجد في المستقبل .

Abstract

Measurement is to give the case is not provided on the same ruling as another case contained the text of the judgment of similar illness between the two cases, and returns the importance of taking in relation to any legislation whatever it raised his status can not be offered for situations and conditions, all arising from relationships between people, of either of them exists in the development of legislation or those that arise after its release, it was Atstdei existing conditions that are governed by provisions in the law, and that the legislator could not be expected in many cases, the situations that may arise in the future.

(*) أستلم البحث في ٢٠١١/٢/٢٤ *** قبل للنشر في ٢٠١١/٤/١١ .

المقدمة

القياس هو اعطاء حالة غير منصوص على حكمها حكم حالة اخرى ورد نص بحكمها لتماثل العلة بين الحالتين ، وترجع أهمية الأخذ بالقياس إلى أن أي تشريع مهما علت منـــزلته لايمكن ان يعرض للحالات والاوضاع جميعها التي تنشأ عن العلاقات بين الناس ، سواء ما كان منها قائماً عند وضع التشريع او تلك التي تستجد بعد صدوره ، فقد لاتستدعي الأوضاع القائمة ان تحكمها النصوص في القانون، و ان المشرع لايستطيع ان يتوقع في كثير من الاحيان الاوضاع التي قد تستجد في المستقبل ، فالسؤال الذي يثار بهذا الصدد هل بإمكان القاضي في هذه الحالة ان يستعين بالقياس؟

للاجابة عن هذا التساؤل يقتضي بيان موقف التشريعات المدنية المقارنة من القياس إذ أختلفت هذه التشريعات فيما بينها حول الأخذ بالقياس من خلال النص عليه، و أن حجية القياس كان موضع خلاف بين فقهاء المسلمين ، وقد أختلف أيضاً الفقه القانوني حول الدور الذي يؤيده القياس في القانون المدني فضلا عن اختلافه حول الموقع الذي يحتله القياس بين مصادر القانون المدني ، هذا مادفعنا إلى البحث في هذا الموضوع ، فضلاً عن ان موضوع القياس لم ينل الا قدراً قليلاً من العناية من الفقه المصري وقدراً أقل من الفقه العراقي على حد تعبير رأي من الفقه العراقي (١) .

لذا جاءت هذه الدراسة بثلاثة مباحث ، إذ تناولنا في المبحث الاول ماهية القياس ، وفي المبحث الثاني بينا موقف الفقه الإسلامي من القياس في حين خصصنا المبحث الثالث للكلام عن موقف القانون المدني من القياس وأخيراً أوردنا في نهاية البحث خاتمة أوجزنا فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها.

---

(١) د.محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية، بغداد، ١٩٨٢،ص ٣٣٥.

المبحث الأول

ماهية القياس

البحث في ماهية القياس يتطلب تعريف القياس و بيان صوره وهذا يتطلب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين إذ سنبين في المطلب الاول تعريف القياس في حين سنخصص المطلب الثاني للكلام عن صور القياس وعلى وفق الآتي :-

المطلب الأول

تعريف القياس

القياس لغةً:- مصدر قاس، بمعنى قدر، و تقول العرب قست الشيء بالشيء: قدرته على مثاله و هو يتعدى بالباء يقال قست الثوب بالذراع، كما اطلق القياس على المساواة لأن تقدير الشيء بما يماثله تسوية بينهما فيقال فلأن لا يقاس بفلأن اي لا يساويه، و بصورة عامة القياس في اللغة هو التقدير و التسوية بين الشيئين فأكثر [١] .

أما القياس إصطلاحاً فهو الحاق واقعة لم يرد نص بحكمها بحكم واقعة ورد النص بحكمها لتساوي الواقعتين في علة الحكم [٢] اي ان القياس وسيلة لاظهار حكم في مسالة يسكت عنها القانون قياسا على مسألة ورد فيها حكم ، لأن العلة في الحالتين واحدة [٣] .

---

(١) محمد بن بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الطباعة و النشر كويت، ١٩٨٣، ص ٥٥٩؛ أبو الفضل جمال الدين بن المنظور، لسان العرب، دار بيروت للطباعة و النشر ، بيروت، ١٩٥٥، مادة القياس ص ٥٥٩.

(٢) د. خالد رشيد الجميلي، المدخل في دراسة الشريعة الإسلامية و القانون، دار الكتب للطباعة و النشر، بغداد، ١٩٨٩، ص ١٤١.

(٣) د.حسن حرب اللصاصمة،دراسات في المدخل إلى العلوم القانونية،دار الخليج،عمان،٢٠٠٤،ص١٠٤

من هذا التعريف يتضح بأن القياس يتكون من الأركان الآتية:-

١. **المقيس** عليه (أو الأصل أو المشبه به أو الملحق به) و هو المحل الذي يثبت الحكم فيه بنص.

٢. **المقيس** (أو الفرع أو المشبه أو الملحق) و هو المحل الذي لا نص فيه.

٣. **حكم الأصل** و هو الحكم الثابت في الأصل و يُراد إثبات مثله للفرع.

٤. **العلة** هي المصلحة التي شرع الحكم لرعايتها او بعبارة أخرى هي المصلحة المعتبرة في تشريع الحكم و الغاية المتوخاة من العمل به (١) وبمعنى آخر الغرض الذي هدف إليه المشرع من وضع النص او العلة التي اقتضت الحكم القانوني (٢) .

اما شروط القياس فقد اشترط الأصوليون للقياس شروطاً بعضها يرجع إلى حكم الأصل و منها ما يشترط في الفرع و منها ما يشترط في العلة و على وفق الآتي:-

أ- **شروط حكم الأصل:-**

١. ان يكون حكم الأصل شرعياً إذا كان الملحق به حكماً شرعياً فلا يلحق الحكم الشرعي بالحكم باللغوي و لا بالعقلي.

٢. ان يكون حكم الأصل معللاً بعلة يدركها العقل، فإذا كان تعبدياً لا يقاس عليه غيره.

٣. ألا يكون حكم الأصل منسوخا لأن المفروض أن الحكم يتعدى من الأصل إلى الفرع و يخضع الفرع لنص الأصل فإذا كان منسوخاً يكون القياس باطلاً، لأن ما يبنى على الباطل باطل.

---

(١) د.مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١١٤-١١٥.

(٢) د.رياض القيسي،علم أصول القانون،مطبعة الفرات،بغداد،٢٠٠٢،ص ٣٣٠

٤. أن يكون حكم الأصل ثابتاً بالنص أو الإجماع، فلا يجوز القياس على ما يثبت حكمه بغير هذين المصدرين.

٥. ألا يكون حكم الأصل مما يثبت إستثناً عن الأصل و القواعد العامة لأن القياس للتوسيع و لا يجوز التوسيع فيما جاء على سبيل الإستثناء و غالبا إن الإستثناءات من الأصول تكون للضرورة و الضرورات تقدر بقدرها[١] .

ب- **شروط حكم الفرع:-**

١. ان تتوفر في الفرع علة حكم الأصل.

٢. ألا يرد في الفرع نص أو إجماع يدل على حكم يخالف القياس.

٣. أن لا يتقدم حكم الفرع في الثبوت على حكم الأصل.

٤. عدم وجود فارق أو مانع يحول من دون تعدي حكم الأصل إلى الفرع.

ج- **شروط العلة:-**

١. أن تكون موجودة بحسب الظن الغالب للمجتهد في كل من المقيس و المقيس عليه بدرجة متساوية أو متفاوتة.

٢. ألا تكون العلة ملغاة في الفرع بنص صريح.

٣. ألا تكون للعلة مانع يمنعها من التأثير على حكم المقيس.

٤. أن تكون وصفاً ظاهراً أي واضحاً محسوساً و ألا تكون وصفاً قاصراً على الأصل[١] .

---

(١) د.عبدالكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد، ١٩٦٤، ص ١٦٣ و بعدها، د.مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص١١٥-١١٦

اما بالنسبة للفقه القانوني فانه يشترط للقياس عدة شروط هي:-

١. ألا يكون للفرع ((المقيس)) نص خاص به،اذ لو كان له حكم فلا فائدة من القياس ان تطابقا الحكمان،وان أختلفا كان القياس باطلاً إذ لاقياس في مواجهة النص.

٢. ان يكون الأصل ((المقيس عليه)) قد ورد بشانه نص ((حكم)) والا يكون هذا الحكم قد جاء على وجه الاختصاص،فهنا يقال ان الأصل قد تفرد بحكم خاص به،فيجب ان يقتصر عليه ولا يقاس غيره عليه.

٣. ان يكون للاصل ((المقيس عليه)) علة يمكم ادراكها بالعقل حتى يتسنى القول بوجود وصف يجمع بين المقيس عليه والمقيس بحيث تستند إليه في مد حكم الأول إلى الثاني،اما اذا كان الحكم المنصوص عليه قد جاء تحكيما بغير علة واضحة فلا يمكن بداهة القياس عليه.

٤. ان تكون العلة الموجودة في الفرع مساوية على الأقل لعلة الأصل ،فان تفاوتت العلة فلا يصح القياس لأن القياس مع الفارق لايجوز [٢] .

---

(١) د.مصطفى الزلمي،مصدر سابق،ص ١٢١-١٢٢؛ الأستاذ بدران أبو العينين بدران، بيان النصوص التشريعية، طرقه و أنواعه، دار المعارف، الأسكندرية،١٩٨٢، ص ١٤٧-١٥٠.

(٢) د.حسن حرب اللصاصمة،مصدر سابق،ص ١٠٤-١٠٥.

المطلب الثاني

صور القياس

للقياس صور عديدة إذ يقسم باعتبار العلة إلى:-

اولا:- القياس الأولى((الجلي او القطعي))

هو القياس الذي تكون علة الحكم في الفرع أكثر وضوحاً منها في الأصل ، فيطبق حكم الأصل على الفرع من باب أولى وبعبارة أخرى،هناك حالة منصوص على حكمها في القانون،وتكون علة هذا الحكم اكثر توفراً في حالة اخرى غير منصوص على حكمها في القانون،فينسحب الحكم في الحالة المنصوص عليها في الحالة غير المنصوص عليها من باب اولى(١) ،وسمي القياس القطعي أيضاً لأن ثبوت علة الحكم في المقيس امر قطعي،مثال ذلك ما نصت عليه المادة (٧٦٢) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه :- ((أياً كان المأجور يجب على المستاجر ان يستعمله على النحو المبين في عقد الايجار، فان سكت العقد وجب عليه ان يستعمله بحسب ما أعده له وفقاً مما يقتضيه العرف)) يفهم من هذا النص انه يجوز اعطاء هذا الحكم لحالة أحداث المستأجر هدم للماجور ،اذ ان علة الحكم اشد تحققا في هذه الحالة من حالة الاستعمال غير العادي(٢) .

ثانيا:- قياس المساواة ((القياس المساوي))

هو القياس الذي تكون العلة فيه مساوية الظهور في الفرع والأصل،وبعبارة اهرى التسوية بين الأصل والفرع في الحكم لمساواتهما في العلة قوة وضعفا فاذا كانت هناك قاعدة مقررة لحالة معينة وكانت هناك حالة لم ينص على حكم لها ولكن تتوفر فيها العلة ذاتها التي أدت إلى وضع النص للحالة الأولى

(١) د.عبدالمنعم فرج صدة،أصول القانون،دار النهضة العربية،بيروت،بدون سنة طبع،ص ٣٠٢.

(٢) د.رياض القيسي،مصدر سابق،ص

، فيطبق حكم الحالة الأولى على الحال الثانية[١] ، ومثال ذلك نص المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي[٢] الذي أجاز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض الذي يحكم به على المدين اذا كان الدائن قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر ، الا انه لم ينص على حكم حالة ما إذا كان هناك سبباً أجنبياً قد اشترك مع خطأ المدين في احداث الضرر ، وبما ان العلة في الحالة الأولى هي عدم جواز الحكم بالتعويض على المسؤول الا في حدود مساهمته في احداث الضرر ، وهذه العلة متحققة في الحالة الثانية فيطبق حكم الحالة الأولى على الحالة الثانية.

ثالثا:- القياس الادنى

هو القياس الذي يكون الأصل أولى بالحكم من الفرع لأن العلة فيه أقوى، وبعبارة اخرى، أن تكون العلة في المقيس أدنى قوة من المقيس عليه.

رابعا:- قياس العكس

هو القياس الذي بموجبه يتم اعطاء حالة غير منصوص على حكمها في القانون حكماً مخالفاً (عكسياً) لحالة أخرى منصوص عليه في القانون لاختلاف العلة في الحالتين ، فهنا يفترض وجود نص في القانون يقرر حكما لحالة خاصة ولعلة معينة ووجود حالة اخرى لم ينص على حكمها وتختلف عن الحالة الأولى في العلة، فيطبق بشأنها المفهوم المخالف لحكم الحالة الأولى لإختلاف العلة في الحالتين ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٥٤٧/ف١) من القانون المدني العراقي على انه ((اذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يهلك على البائع ولاشي على المشتري.........)) فيستنتج من مفهوم المخالفة من هذا النص ان هلاك المبيع بعد التسليم يكون على المشتري ولا شي على البائع وكذلك نص المادة (١/٧) من القانون المدني العراقي على انه ((من استعمل حقه استعمالا غير جائز

---

(١) د.عوض أحمد محسن، المدخل إلى علم القانون،دار وائل للنشر،عمان،ص ٢٨٧.

(٢) وتقابلها المادة (٢١٦) من القانون المدني المصري.

وجب عليه الضمان)) فمفهوم المخالفة لهذا النص ، انه من استعمل حقه استعمالاً جائزاً فلا ضمان عليه[١] .

المبحث الثاني

موقف الفقه الإسلامي من القياس

أختلف الفقهاء المسلمون في الاخذ بالقياس، فذهب جمهور الفقهاء إلى أن القياس حجة شرعية على الأحكام وانه في المرتبة الرابعة من الحجج الشرعية اذا لم يوجد نص في القرآن و السنة و الإجماع ، وهؤلاء يطلق عليهم مثبتو القياس ، في حين ذهب الظاهرية والشيعة ان القياس ليس حجة شرعية على الأحكام ويطلق عليهم نفاة القياس ، و هذا يتطلب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على وفق الآتي:-

المطلب الأول

مثبتوا القياس

القياس حجة شرعية و مصدر تشريعي و يستدل بها على ثبوت الأحكام الشرعية، و قد استدل جمهور الفقهاء على حجيته بالقرآن و السنة النبوية، و إجماع الصحابة بالأدلة العقلية[٢] وفقاً للآتي:-

١. **القرآن الكريم**:- أرشد الله سبحانه و تعالى عباده إلى القياس في آيات متعددة منها قياس النشأة الثانية ((الإعادة بعد الموت)) على النشأة الأولى ((الأيجاد

---

(١) د.غالب علي الداودي ،المدخل إلى علم القانون،ط٧ دار وائل للطباعة والنشر ،عمان،٢٠٠٤،ص٢١٩؛ د.حسن كيرة ، المدخل إلى القانون،منشأة المعارف،الأسكندرية،بدون سنة طبع ،ص ٤٠٥-٤٠٦.

(٢) لمزيد من التفصيل بخصوص آراءء جمهور الفقهاء ينظر ابي زيد عبيد الله ابن عمر الدبوسي، تقويم الأدلة في أصول الفقه ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٧٥ وبعدها؛محمد أبو زهرة،أصول الفقه،دآراءلفكرالعربي،القاهرة ، ١٩٥٨،ص ٢٠٧.

بعد العدم)) في قوله تعالى : {أَوَلَمْ يَرَ الأنسَانُ أَنَّا خَلَقْنَاهُ مِن نُّطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُّبِينٌ{٧٧} وَضَرَبَ لَنَا مَثَلاً وَنَسِيَ خَلْقَهُ قَالَ مَنْ يُحْيِي الْعِظَامَ وَهِيَ رَمِيمٌ{٧٨} قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ{٧٩} (١) ، و قوله تعالى ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إلى اللّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً{٥٩})) (٢) . و هذا يعني ان الله أمرنا إن تنازعنا و أختلفنا في شيء ليس فيه حكم من الله و رسوله أو أولي الأمر أن نرده إلى الله و الرسول، ورد ما نص فيه إلى الله و رسوله لايعني إلا الحاق ما لأنص فيه بما فيه نص متى كانا مشتركين في علة الحكم و هذا هو القياس بعينه (٣) .

٢. **السنة النبوية**:- يفهم من كثير من أقوال الرسول (صلى الله عليه وسلم) حجية القياس منها ثبت عن ابن عباس أن امرأة من خثعم جاءت إلى النبي (صلى الله عليه وسلم) تستغيثه ف ماقالت: يارسول ادركت أبي شيخا" كبيرا" لا يستطيع ان يثبت على الراحلة فأحج عنه أينفعه ذلك؟ فقال (صلى الله عليه وسلم) لها: ((أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيتها، أكان ينفعه ذلك، فقالت: نعم، قال (صلى الله عليه وسلم) :- فدين الله أحق بالقضاء)) (٤) ، و من سننه التقديرية (صلى الله عليه وسلم) الدالة على حجية القياس حينما ارسل معاذ بن جبل إلى اليمن، سأله بم تقضي؟ قال : أقضي بكتاب الله، قال فإن لم تجد، قال: أقضي بسنة رسول الله، قال فإن لم تجد قال: إجتهد برأي، قال: الحمد لله الذي وفق رسول رسوله بما يرضي رسوله، فلو لم يكن القياس حجة لما أقره الرسول

---

(١) سورة يس ، الآيات ٧٧، ٧٨، ٧٩.

(٢) سورة النساء ، الآية ٥٩.

(٣) د.غسان رباح، الوجيز في القانون الروماني و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٢٥٤.

(٤) أخرجه مسلم في كتاب الحج ، باب الحج عن العاجز ، صحيح مسلم بشرح النووي ١٠٥/٩

(صلى الله عليه وسلم) لأن القياس نوع من الأجتهاد او بعبارة أخرى الأجتهاد يحتاج إلى قياس [١] .

٣. **الإجماع**:- و قد أجمع الفقهاء على مسائل شتى ثبت مشروعيتها بالقياس فقد أقروا ما جاء في كتاب عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) إلى أبي موسى الأشعري من أنه قال: ((الفهم الفهم فيما أدلى البعض مما ورد عليك مما ليس في قرآن و لا سنة ثم قايس الأمر عند ذلك و أعرف الأمثال ثم أعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله و اشبهها بالحق))، و هذا الأمر من عمر (رضي الله عنه) باستخدام القياس علم به الصحابة كافة و لم ينكر واحد منهم فكان ذلك إجماعاً سكوتياً، فضلاً عن استخدم الصحابة القياس في إجتهاداتهم من دون إنكار من أحد [٢] ، فأجمعوا على توريث البنتين الثلثين قياسا" على الأختين، فدخل في معنى ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلى أَجَلٍ مُّسَمًّى)) [٣] قياساً المواريث و الودائع [٤] .

٤. **القياس ثابت عقلاً**، و أدلة ذلك كثيرة، أظهرها أن الله سبحانه و تعالى لم يشرع الأحكام إلا لمصلحة العباد، فإذا ساوت الحادثة المسكوت عنها الحادثة المنصوص عليها في علة الحكم التي هي مظنة المصلحة قضت الحكمة و العدالة أن تساويها في حكمها تحقيقاً للمصلحة التي هي مقصود الشارع مما قرره من التشريع، فلا يتفق و عدل الله و حكمته ان يحرم الخمر لإسكارها محافظة على عقول عباده و يبيح نبيذاً آخر فيه تأثير الخمر و هو الأسكار، و أن نصوص القرآن و السنة النبوية الشريفة محددة و محدودة و متناهية و واقع الناس و قضاياهم لا تنتهي و لا حدود لها ، بل تتنوع هذه الوقائع بحكم التطور، فلا يمكن ان تكون النصوص المحدودة وحدها المصدر التشريعي

(١) أخرجه الامام أحمد في المسند (٢٣٣/٨) مسند الانصار حديث رقم ٢٢٠٦٨

(٢) د.مصطفى الزلمي،مصدر سابق، ص١٣٥.

(٣) سورة البقرة الآية ٢٨٢.

(٤) د.خالد رشيد الجميلي، مصدر سابق، ص١٤٧.

للوقائع غير المحدودة، فالقياس هو المصدر الذي يتمشى مع الحوادث المتجددة [١] .

المطلب الثاني

نفاة القياس

إذا كان الرأي السابق هو رأي الجمهور، فإن أصحاب المذهب الظاهري رفضوا أن يكون القياس دليلاً من أدلة الأحكام الشرعية و قد ذكروا على عدم حجية القياس أدلة من الكتاب و السنة و أقوال الصحابة و أدلة عقلية يعارضون بها حجج القائلين بالقياس و هي:-

١. **أدلتهم من الكتاب**: و أظهرها قوله تعالى: ((فَرَّطْنَا فِي الكِتَابِ مِن شَيْءٍ)) [٢] اذن لاقياس لأن مؤدى القياس ان يكون سبحانه وتعالى فرط في شيء من الشريعة فلم يبينه في الكتاب ، و قوله: ((وَلاَ رَطْبٍ وَلاَ يَابِسٍ إِلاَّ فِي كِتَابٍ مُّبِينٍ)) [٣] و قوله: ((نَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَاناً لِّكُلِّ شَيْءٍ)) [٤] ان الله (سبحانه وتعالى) قد قرر كمال الشريعة ، وفرض القياس ينافي كمال البيان ، ومعنى عدم كمال ان النبي (صلى الله عليه وسلم) لم يبلغ رسالة ربه، وذلك فرض باطل لأنه بلغها،وقرر ذلك في حجة الوداع [٥] .
٢. **أدلتهم من السنة**: و أظهرها حديث رواه أبو هريرة و هو: ((تعمل هذه الأمة مرة بالكتاب اذا وجد، و مرة بالسنة إذا لم يوجد كتاب، و مرة بالقياس اذا لم

(١) د.إبراهيم عبدالرحمن ابراهيم، علم أصول الفقه الأسلامي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص٨١ -٨٢.

(٢) سورة الأنعام الآية ٣٨.

(٣) سورة الانعام الآية ٥٩.

(٤) سورة النحل الآية ٨٩.

(٥) محمد ابو زهرة ، مصدر سابق ،ص ٢١٠.

يوجد كتاب و لا سنة، فإذا فعلوا ذلك أي عملوا بالقياس حيث لا كتاب و لا سنة فقد ضلوا واضلوا)) (١) .

٣. **أدلتهم من أقوال الصحابة**: و أظهرها قول أبي بكر الصديق ((رضي الله عنه)) إذ قال: ((أي سماء تظللني و أي أرض تقلني اذا قلت في كتاب الله برأي)) و قول عمر بن الخطاب ((رضي الله عنه)) ((إياكم و اصحاب الرأي فأنهم أعداء السنن أعيتهم الأحاديث ان يحفظوها فقالوا بالرأي فضلوا و أضلَوا)) و قوله أيضاً: ((إياكم و المكايلة أي المقايسة))، و قول الأمام علي بن أبي طالب (عليه السلام) ((لو كان الدين يؤخذ بالرأي لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره)) و قول إبن عباس : ((ان الله قال لنبيه و ان احكم بما أنزل الله و لم يقل بما رأيت)).

٤. **أدلتهم العقلية**: و أظهرها أن القياس يستند إلى الرأي و الأجتهاد و كل ما كان كذلك فهو يؤدي بلا ريب إلى الخلاف و المنازعة و التناقض في الأحكام لأن مناطه استنباط علة الحكم من الأصل و هذا مما تختلف فيه الأنظار و تتفاوت في فهمه العقول فهو لا محالة سبيل الأختلاف و التناقض (٢) .

و بهذا الرأي قال الشيعة الأمامية أيضاً و في ذلك يقول العلامة محمد تقي الحكيم: ((ان جميع ما ذكره مثبتوا القياس من الأدلة لا تنهض باثبات الحجية له، فنبقى نحن و الشك في حجيته، و الشك في الحجية كاف للقطع بعدمها)) (٣) و ((أن أحكام الله لا يصح ان يكون مرجعها الرأي، و القياس لا يعدو ان يكون عملا" بالرأي، و قد تواتر القول عن الأئمة ان الشريعة اذا قيست محق الدين)) (٤) .

---

(١) اخرجه ابن ماجة في السنن (٢١/١) ، المقدمة ، ٨- باب اجتناب الرأي رقم ٥٦

(٢) د.غسان رباح،مصدر سابق،ص٢٥٢ -٢٥٣.

(٣) العلامة محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، ط٣، دار الأندلس للطباعة و النشر، النجف الأشرف،١٩٨٣،ص٣٧٥.

(٤) د.علي محمد جعفر، تاريخ القوانين و مراحل التشريع الأسلامي، المؤسسة الجامعية،بيروت، ١٩٨٦ ،ص٢٢٦.

المبحث الثالث

موقف القانون المدني من القياس

يقتضي بيان موقف القانون المدني من القياس تحديد دور القياس في القانون المدني و موقف التشريعات المدنية المقارنة من القياس بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وفق الآتي-:

المطلب الأول

دور القياس في القانون المدني

إذا كان القياس في القانون يعني إعطاء حالة غير منصوص على حكمها في القانون حكم حالة أخرى نفسها ورد نص بحكمها لتماثل العلة بين الحالتين كما بينا سابقا، الا ان الفقه قد أختلف في الدور الذي يؤديه القياس في القانون المدني، إذ هناك ثلاثة آراء بهذا الصدد و هي على وفق الآتي -:

أولاً:- القياس وسيلة من وسائل التفسير ، إذ أن المشرع حين يصوغ قاعدة قانونية بناءً على سبب قانوني أي بناء على حكمة التشريع، فإنما يقصد ان يقرر النتائج جميعها على هذا السبب ذاته في حالات أخرى غير الحالة المنصوص عليها، فغاية المشرع لا يمكن ان تحدد بالمعنى الحرفي للنصوص، فأعمال القياس هو تفسير لإرادة المشرع و إن كان يتم افتراضها، و يسلم معظم فقهاء مدرسة الشرح على المتون في فرنسا بهذا الرأي [(١)] و بهذا الرأي قال أيضاً جانب من الفقه المصري [(٢)] بأن القياس ليس مصدرا" للتشريع كما في الشريعة الإسلامية بل هو أخصب

---

(١) الأستاذ س.ف.كاناريز، سد الفراغ في القانون و موقف النظام القانوني الألماني منه،ترجمة د.عبدالرسول الجصاني، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، سنة ٢٨، العدد الأول،١٩٧٣،ص٧٢.

(٢) د.منصور مصطفى منصور ، مباديء القانون، طبعة دار النهضة العربية،القاهرة، ١٩٧٢، ص٣٠٣؛ عبد المنعم فرج الصدة ،مصدر سابق،ص٣٠٠.

وسائل الاستنتاج، و هذا ما ذهب إليه رأي من الفقه العراقي [١] بأن القياس يُعد من طرائق التفسير الداخلية للتشريع.

ثانياً:- القياس مصدراً رسمياً للقانون إلى جانب المصادر الأخرى كالعرف و مبادئ الشريعة الإسلامية [٢] ، و بهذا المعنى يذهب آخر [٣] إلى القول اذا أمكن استضهار الحكم بالقياس كان مصدر ما تم التوصل إليه هو التشريع و ليس القياس.

ثالثاً:- القياس ليس مصدراً تفسيرياً و لا مصدراً رسمياً للقانون، بل هو يمثل مكاناً وسطاً بينهما، فالقياس يشمل على تجاوز المعنى الحرفي للنصوص إلى أكتشاف الأرادة المفترضة للمشرع لذا فانه يعد وسيلةً إجتهادية أية وسيلة من وسائل ما يسميه الفقيه الفرنسي ((فرانسو جيني)) ((البحث العلمي الحر))و التي تؤدي إلى سد النقص في التشريع و تكملته لا تفسيراً [٤] ، ((و قد نسب الأستاذ جيني إلى الفقيه الألماني ويند شايد الرأي القائل:- ان القياس يقف في الوسط بين التفسير المجرد و بين خلق القانون، و ان له طبيعة مزدوجة لسببين، أولهما، إنه يعتمد على القانون المكتوب فهو أساسه الجوهري و ثانيهما، إن القياس المنبثق عن الروح العامة للنظام القانوني يرتفع من دون شكٍ فوق مستوى النصوص،أي ان القياس يدخل في نطاق عملية سد الفراغ في القانون، لأنه ينطوي على تجاوز المعنى الحرفي للنص، و يقوم بسد الفراغ في القانون في اللحظة التي يضطهر فيها القاضي و هو يبحث عن العدالة و الحق، إلى الركون بعيداً وراء المعنى الحرفي

(١) الأستاذ عبدالباقر البكري و الأستاذ زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب للطباعة و النشر، جامعة الموصل، ص١٢٦.

(٢) د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج١، المدخل للعلوم القانونية، ط٦، مطبعة السلام، القاهرة، ١٩٨٧، ص٣٨٢ و بعدها.

(٣) د.أحمد سلامة،المدخل لدراسة القانون، بدون مكان طبع، ١٩٧٤، ص٢٠١.

(٤) أشار اليه د. عصمت عبدالمجيد بكر، أصول تفسير القانون، بدون مكان طبع،ط ٢، ٢٠٠٩، ص١٤٣.

للنص القانوني)) (١) و هذا ما إنتهى إليه جانباً من الفقه المصري (٢) أيضاً إذ يرى بان القياس ليس وسيلة من وسائل التفسير بالمعنى الأصطلاحي الحقيقي لهذه الكلمة بل وسيلة من وسائل سد النقص في التشريع.

و بهذا الرأي قال أيضاً جانباً من الفقه العراقي (٣) بان القياس لا يعدو أن يكون وسيلة للرأي و الأجتهاد.

و بعبارة اخرى يعتبر القياس من طرائق إكمال القانون (٤) وهذا ماانتهى إليه أيضاً رأي في الفقه الأُردني (٥) .

أما بخصوص راينا المتواضع بهذا الصدد فنؤيد هذا الرأي الأخير الذي قال بان القياس وسيلة من وسائل سد النقص في التشريع ويستعين به القاضي في الحالات التي ينعدم فيها النص ، كما نعتقد بأن ما يقال من ضرورة التفسير في حالة عدم وجود نص يعتبر خلط بين التفسير وبين الالتجاء إلى المصادر الاحتياطية الاخرى، حيث ان مجال التفسير هو النص، اما غياب النص فانما يُعد سبباً للبحث عن مصادر اخرى إذ أن معظم التشريعات المدنية المقارنة (٦) تنص

---

(١) نقلاً عن د.محمد شريف أحمد، مصدر سابق ،ص٣١٢.

(٢) د.محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، القاهرة، ١٩٧٧، ص٢٥٩.

(٣) د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص٣٤٠.

(٤) د. منذر الفضل ، أصول القانون الفرنسي و البريطاني، دراسة مقارنة مع القانون الأسلامي، مطبعة وزارة التربية، اربيل، ٢٠٠٤، ص٢٣٢.

(٥) د.خالد الزغبي،د.منذر الفضل،المدخل إلى علم القانون،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،١٩٩٨،ص١١٩.

(٦) تنص المادة (١/ف٢) من القانون المدني العراقي على انه:- ((فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مباديء الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)) و تقابلها:- المادة الأولى من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ و المادة الأولى من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

على المصادر التي يستقي منها القاضي الحل عند عدم وجود النص، فتبين له طريق سد هذا النقص، و هو ملزم بإتباع هذا الطريق و لا يملك مخالفته، فاذا إفتقد القاضي العراقي الحل في التشريع و العرف و مبادئ الشريعة عليه أن يلجأ إلى قواعد العدالة للبت في النزاع المعروض عليه، فلا يجوز له أن يمتنع عن الحكم بحجة عدم وجود نص في القانون و إلا يُعد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق و ومن ثم سبباً لمسؤوليته المدنية [١] .

وأن الفقه القانوني قد أختلف أيضاً حول الموقع الذي يحتله القياس بين المصادر الرسمية للقانون المدني و على وفق الآتي:-

١. هناك من [٢] يرى بأن إستخدام القاضي للقياس يأتي بعد التشريع و العرف و قبل مبادئ الشريعة الإسلامية و يسوغ ذلك بقوله: ((ان المشرع لم يقصد بأضافة مبادئ الشريعة الإسلامية إلى مصادر القانون الرسمية و بأيجاب الرجوع إليها قبل القانون الطبيعي و قواعد العدالة، تقديمها على القياس بنوعيه المحدود و المبسوط لأنه كان أما واقعاً تحت تأثير الاعتقاد بأن القياس يدخل في تفسير التشريع ويُعد متمماً له و يأتي بهذه الصفة معه في الترتيب، أي قبل مبادئ الشريعة الإسلامية، و اما انه بعد ان يُعد القياس بنوعيه اي بما في ذلك الأستنباط من القواعد العامة للقانون الوضعي مصدراً متميزاً عن التشريع و ادخله ضمن عبارة القانون الطبيعي و قواعد العدالة قد سهى عليه انه عندما اضاف مبادئ الشريعة الإسلامية إلى المصادر الرسمية للقانون انه سبق ان يُعد القياس بنوعيه داخلاً ضمن مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة فلم يتحفظ في تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون الطبيعي و قواعد العدالة. و على كل حال فإن قصد المشرع يمكن الأستدلال عليه من

---

(١) تنص المادة (٣٠) من القانون المرافعات العراقي النافذ على انه (لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص أو نقصه و إلا يُعد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق، و يعد التأخير غير المشروع عن إصدار القرار إمتناعاً عن إحقاق الحق) في شرح هذا المادة بالتفصيل ينظر استاذنا الدكتور عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية،دآراءلكتب للطباعة و النشر، جامعة الموصل، ٢٠٠٠، ص٨٣_٨٤.

(٢) د. سليمان مرقس، مصدر السابق، ص٣٨٢-٣٨٣.

تقديمه التشريع و العرف على ما عداهما على أساس ان أحكامهما ثابتة محدودة، و من تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون الطبيعي و قواعد العدالة على أساس ان الأولى لها أسس ثابتة في كتب الفقه الإسلامي فيمكن الركون إليها اكثر من القانون الطبيعي او قواعد العدالة الذي كثر الخلاف في مضمونه حتى رسخ في الأذهان انه فكرة مائعة غير واضحة و لا محددة، و عندما يُعد القياس مصدراً متميزاً عن التشريع، تعين القول بتقديمه على مبادئ الشريعة الإسلامية، لأنه يرتكز على أساس ثابت من التشريع كما ترتكز هذه المبادئ على أساس ثابت من الفقه الإسلامي و يمتاز عليها بأنه اقرب إليها من القانون الوضعي المصري)).

٢. يأتي القياس ضمن الشريعة الإسلامية بعد التشريع و العرف، فالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية يتضمن الرجوع إلى و ذلك لأن القياس يُعد من صميم مبادئ الشريعة الإسلامية[١] .

٣. يأتي القياس ضمن التشريع و قبل المصادر الأخرى كالعرف و مبادئ الشريعة الإسلامية، و لأنه ان القياس الصق بالتشريع و اكثر اتصالاً به، و يلجأ إلى القياس بعد فقدان الحكم القانوني و عدم إسعاف لفظ النص او فحواه للوصول إلى حل معين فيلجأ عند ذلك إلى تطبيق حكم حالة منصوص عليها في التشريع على حالة مشابهة لها في العلة ولكن غير منصوص عليها في التشريع، و لأنه في حالة أن يعد القياس يلي العرف بالترتيب ، كما ذهب إلى ذلك الرأي الثاني، فإنه من الممكن ان تحدث حالة لم ينص عليها التشريع ولكن هناك حالة مشابهة لها في العلة منصوص عليها في ذلك التشريع الا انه سيصار، على وفق الثاني، إلى تطبيق العرف لأنه يسبق القياس في الترتيب، فأذا كان للعرف حكم في تلك الحالة يختلف عن حكم الحالة المشابهة لها و المنصوص عليها في التشريع فسنكون حينئذٍ امام حالتين متشابهتين في العلة الا ان حكم كل منهما يختلف عن الآخر بحسب ما سيطبق عليها من تشريع او عرف، لذا يتوجب ان يصار إلى القياس قبل الرجوع إلى مصادر القانون الأخرى اولاً لدفع التناقض الذي قد يحصل ، و ثانياً لأن الرجوع إليه نوعاً من اعمال إرادة المشرع، و التي تتضمنها العلة المشتركة او حكمة التشريع التي

(١) د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق ، ص ٣٤٠.

يسعى إلى تحقيقها و تفضيلها على إرادة الجماعة المتمثلة بالعرف [١] و بعبارة أخرى لا يجوز للقاضي ان يلجأ إلى المصادر الأخرى للقاعدة القانونية إلا إذا استنفذ سبيل الوصول إلى الحكم من المصدر الأول ((التشريع)) بوسائل التفسير كلها بما فيها القياس [٢] .

و في رأينا المتواضع نعتقد بأن القياس يأتي ضمن قواعد العدالة، فكما ذكرنا سابقاً و بحسب الرأي الراجح بأن القياس يعتبر وسيلة لسد النقص في التشريع، ففي حالة عدم وجود التشريع على القاضي أن يلجأ إلى العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلامية و من ثم قواعد العدالة و عند اللجوء إلى قواعد العدالة عليه ان يجتهد في رأيه للأهتداء إلى حكم القانون، و أن يعتمد في إجتهاده هذا على إعتبارات موضوعية عامة، لا عن تفكير ذاتي خاص، و أن يسترشد بالقواعد و المبادئ الأساسية في القانون و الشريعة الإسلامية و من هذه القواعد و المبادئ القياس.

و بهذا الصدد هناك من [٣] يذهب إلى القول ((و نحن نميل إلى الأخذ بالقياس مع الإحتياط القائم على توخي فهم مقاصد المشرع و اهدافه الحقيقية من النصوص التي وضعها و في النظر إلى المصالح المعتبرة بغية تحقيق العدالة بين الناس))، ولوضع حد لهذا الخلاف الفقهي نجد انه من الضروري ان يبين المشرع العراقي موقع القياس و ذلك من خلال تعديل المادة الأولى من القانون المدني العراقي، واضافة فقرة جديدة إليها مضمونها بأن القياس يأتي ضمن قواعد العدالة.

---

(١) محمد أحمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٥، ص١٤٦.

(٢) د. حسن حرب اللصاصمة،مصدر سابق، ص ١٠٤.

(٣) د.عباس الصراف و د.جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ٢٠٠٣، ص ٧٦١.

المطلب الثاني

موقف التشريعات المدنية المقارنة من القياس

لم يتبع المشرع العراقي مسلك بعض التشريعات من الأخذ بالقياس بالنص الصريح في المواضع التي أشار فيها إلى مصادر القانون مبيناً في الوقت نفسه موقعه في سلم التدرج بين المصادر عند التطبيق (١) .

و لم يقف المشرع العراقي عند حد إغفال النص على الأخذ بالقياس إنما كان موقفه مرتبكاً، فقد نصت المادة (٣) من القانون المدني العراقي على أنه: ((ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه)) و هذه المادة نقلها المشرع العراقي من المادة (١٥) من مجلة الأحكام العدلية (٢) و إن المقصود بهذا المادة هو عند اعطاء واقعة معينة حكماً إستثنائياً على خلاف مقتضى الأحكام العامة السارية على أمثالهِ، لحكمة خاصة به، فمثل هذا لا يقاس عليه غيره، بعبارة اخرى، ان القاعدة الإستثنائية التي تشذ عن المبادئ العامة لا يجوز التوسع في تطبيقها على الحالات المشابهة للحالة التي وردت لشأنها هذه القاعدة الأستثنائية (٣) فالشفعة تثبت

---

(١) و من أمثلة هذه التشريعات القانون المدني النمساوي الصادر سنة١٨١١ الذي نصت الفقرة (٧) من المادة الأولى منه على انه: (لو تعذر الفصل في واقعة خاصة طبقاً للنص او للمفهوم الطبيعي للتشريع، وجب حينئذٍ الرجوع إلى الحالات المشابهة التي اورد القانون بشأنها حكماً واضحاً) و تنص المادة (٣) من القانون المدني الإيطالي لسنة ١٩٤٢ على انه ((إذا لم يجد القاضي حكماً دقيقاً في القانون للمسألة المتنازع عليها فعليه ان يحكم فيها بما نص عليها في نظائرها، فإذا خفي القياس فعليه ان يقضي بمقتضى المباديء القانونية العامة)) نقلاً عن د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص٣٣٤.

(٢) في شرح هذه المادة انظر سليم رستم باز، شرح المجلة ج١، ط٣، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ص٢٦.

(٣) د.محي هلال السرحان، القواعد الفقهية و دورها في إثراء التشريعات الحديثة، بدون مكان طبع، ١٩٨٧، ص٦٥.

على خلاف القياس، لأنها تؤدي إلى تملك الشفيع للعقار المشفوع جبراً على المشتري، و تملك ملك الغير

من دون رضاه غير جائز في الأصل، لأن الأصل هو الرضائية في عقد البيع، لذا لا يقاس على الشفعة صورة أخرى من صور التملك بدون التراضي (١) .

و إن موقف المشرع العراقي من القياس غير واضح ، فهو لم يسكت حيال القياس و يدع امره إلى الفقه، و لم يأت بقاعدة ايجأبية تبيح الأخذ به، و إنما صاغ قاعدة سلبية و سكت عن الأصل ، و لو اراد المشرع أن يُعد القياس مصدراً للأحكام يجب العمل بما دلَّ عليه، لكان قد نص على ذلك صراحة في المادة الأولى من القانون المدني التي خصصها لتعداد المصادر التي ترجع إليها المحاكم في إستنباط أحكامها، أم ان المشرع العراقي أراد الأخذ بالقياس بدلالة نهيه عن الأخذ به في حالة معينة فقط عندما تشذ القاعدة الاستثنائية عن المبادئ العامة فلا يجوز القياس عليها في الحالات المشابهة الأخرى (٢) .

و إنطلاقاً من مفهوم المخالفة لنص المادة الثالثة من القانون المدني العراقي نعتقد بأن المشرع العراقي عامة أجاز الأخذ بالقياس بوصفه قاعدة خاصة و عند تطبيق حكم حالة منصوص عليها في التشريع على حالة أخرى مشابهة لها في العلة ولكن غير منصوص عليها في التشريع اي قياس حاله ورد بشأنها نص على حالة لم يرد بشأنها نص لإشتراك الحالتين في العلة، و إستثناءً لا يجوز الأخذ بالقياس و عندما تكون هناك قاعدة إستثنائية واردة على خلاف الأصل ((المبادئ العامة)) فلا يجوز القياس عليها و التوسع في تطبيقها على الحالات المشابهة.

اما بالنسبة لموقف القانون المدني المصري من القياس فلا يوجد نظير للمادة الثالثة من القانون المدني العراقي في القانون المدني المصري في حين نصت المادة (٢٢١) من القانون المدني الأُردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ على انه : ((ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه)) لذا فقد ذهب شراح القانون

---

(١) عرفت المادة (١١٢٨) من القانون المدني العراقي الشفعة بأنها ((حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن و النفقات المعتادة)).

(٢) د.محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص٣٣٥.

المدني الأُردني [١] إلى القول بأن القانون المدني الأُردني اجاز القياس إنطلاقاً من مفهوم المخالفة لهذه المادة، و أن القانون المدني الأُردني اوجب الرجوع للفقه الإسلامي في تفسير القانون، و طالما ان الفقه الإسلامي قد أجاز القياس، فإن للقاضي الأُردني القياس في المسائل المدنية، ما عدا القياس على المستثنى، فلا يقاس عليه لأنه لايجوز التوسع في تفسيره، و لأن ما جاء خلافاً للأصل العام هو بمثابة منحة يقتصر بها على مواضع منحها، ولكن المشكلة في هذه الحالة هي كيفية التعرف عما إذا كان الحكم المنصوص عليه حكماً خاصاً مقصوداً بذاته على هذا النحو من التخصيص و التفريد فلا يجوز فيه القياس [٢] .

الخاتمة

بعد الأنتهاء من بحثنا المتواضع هذا لابد من بيان أهم النتائج التي توصلنا إليها و فضلاً عن المقترحات التي نعتقد بأنها ضرورية وفق الآتي:-

أولاً:- النتائج.

١. القياس هو تطبيق نص يتناول حالة معينة على حالة أخرى غير منصوص عليها لوجود تشابه في الحكمة بين الحالتين.
٢. للقياس أربعة أركان هي:-

أ. الأصل ((المقيس عليه)).
ب. الفرع ((المقيس)).
ج. حكم الأصل.
د. العلة.

(١) د. سهيل حسين الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون، ط ٢، مكتبة الذاكرة، بغداد، ٢٠٠٩،ص٢٥٢ ، د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني ،ج١ ،مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، ط ١، دار وائل للطباعة و النشر، الأردن، ٢٠٠٢، ص ٢٣١.

(٢) د.عباس الصراف و د.جورج حزبون،مصدر سابق، ص٧٥.

٣. للقياس أربع صور هي:-

أ. القياس الأولى.
ب. القياس المساواة.
ج. القياس الأدنى.
د. قياس العكسي.

٤. أختلف فقهاء المسلمين حول حجية القياس فذهب جمهور الفقهاء أن القياس حجة شرعية على الأحكام، و انه يمثل المرتبة الرابعة بعد القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة و الإجماع في سلم المصادر الشرعية، في حين ذهب الظاهرية و الشيعة الإمامية بأن القياس ليس حجة شرعية على الحكام.
٥. أختلف الفقه القانوني حول الدور الذي يلعبه القياس في القانون المدني بثلاثة آراء، رأي يُعد القياس وسيلة من وسائل التفسير و رأي آخر يُعد القياس مصدراً رسمياً للقانون و رأي ثالث يُعد القياس ليس مصدراً تفسيرياً و لا مصدراً رسمياً للقانون و إنما يحتل مكاناً وسطاً بينهما.
٦. أختلف الفقه القانوني حول الموقع الذي يحتله القياس بين المصادر الرسمية للقانون المدني.
٧. نصت المادة (٣) من القانون المدني العراقي على انه: ((ما يثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه)) و قد اورد المشرع الأردني في المادة (٢٢١) من القانون المدني مثل هذا النص في حين جاء القانون المدني المصري خالياً من هذا النص.

ثانياً:- المقترحات.

بما أن موقف الشرع العراقي من القياس كان ليس واضحاً و ان صياغته للمادة الثالثة من القانون المدني كانت صياغة غامضة، فهو لم يأتي بنص ايجأبي صريح يجيز الأخذ بالقياس، عليه ولأجل وضع حد للخلاف الفقهي الذي يثار بصدد الموقع الذي يحتله القياس بين مصادر القانون المدني نقترح على المشرع العراقي الآتي:-

١. اضافة فقرة جديدة إلى المادة الأولى من القانون المدني العراقي وايرادها بالصيغة الآتية:- (يأتي القياس ضمن قواعد العدالة، الا ان ما يثبت على خلاف القياس فغيره لايقاس عليه)
٢. إلغاء المادة الثالثة من القانون المدني العراقي لأن تم اضافتها إلى الفقرة الجديدة من المادة الأولى المذكورة آنفاً.

المصادر

القرآن الكريم

اولا:-المعاجم

١. أبو الفضل جمال الدين بن منظور،لسان العرب،دار بيروت للطباعة والنشر،١٩٥٥.
٢. محمد بن أبي بكر عبدالقادر الرازي ،مختار الصحاح،دار الطباعة والنشر،كويت،١٩٨٣.

ثانيا:- الكتب.

١. ابراهيم عبدالرحمن ابراهيم،علم أصول الفقه الإسلامي،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان ، ١٩٩٩.
٢. أبو زيد عبيد الله ابن عمر الدبوسي، تقويم الادلة في أصول الفقه ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ٢٠٠٦
٣. أحمد سلامة،مدخل لدراسة القانون،بدون مكان طبع ١٩٧٤.
٤. بدران أبو العينين،بيان النصوص التشريعية ،طرقه وأنواعه،دار المعارف، الأسكندرية،١٩٨٢.
٥. حسن حرب اللصاصمة،دراسات في المدخل إلى العلوم القانونية،دار الخليج،عمان،٢٠٠٤.
٦. حسن كيرة.مدخل إلى القانون،دار المعارف، الأسكندرية ،بدون سنة طبع.
٧. خالد الزغبي،د.منذر الفضل،المدخل إلى علم القانون،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،١٩٩٨.

٨. خالد رشيد الجميلي، المدخل في دراسة الشريعة الإسلامية و القانون، دار الكتب للطباعة و النشر، بغداد، ١٩٨٩.
٩. رياض القيسي،علم أصول القانون،مطبعة الفرات،بغداد،٢٠٠٢.
١٠. سليم رستم باز، شرح المجلة ج١، ط٣، دار أحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع.
١١. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج١، ط٦، مطبعة السلام، القاهرة، ١٩٨٧.
١٢. سهيل حسين الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون، ط ٢، مكتبة الذاكرة، بغداد ،٢٠٠٩.
١٣. عباس الصراف و د.جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ٢٠٠٣.
١٤. عباس العبودي،شرح أحكام قانون المرافعات المدتية، ادار الكتب للطباعة والنشر،جامعة الموصل،٢٠٠٠.
١٥. عبدالباقر البكري و الأستاذ زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب للطباعة و النشر، جامعة الموصل،بدون سنة طبع.
١٦. عبدالكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد، ١٩٦٤.
١٧. عبدالمنعم فرج صدة،أصول القانون،دار النهضة العربية،بيروت،بدون سنة طبع.
١٨. عصمت عبدالمجيد بكر، أصول تفسير القانون،ط ٢، بدون مكان طبع، ٢٠٠٩.
١٩. عوض أحمد محسن، المدخل إلى علم القانون،ط٣،دار وائل للنشر،عمان،٢٠٠٧.
٢٠. غالب علي الداودي ،المدخل إلى علم القانون،ط٧ ،دار وائل للطباعة والنشر ،عمان،٢٠٠٤.
٢١. غسان رباح، الوجيز في القانون الروماني و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.
٢٢. محمد أبو زهرة،أصول الفقه،دار الفكر العربي،القاهرة،١٩٥٨.
٢٣. محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، ط٣، دار الأندلس للطباعة و النشر، النجف الأشرف،١٩٨٣.

٢٤. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية، بغداد، ١٩٨٢.
٢٥. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، القاهرة، ١٩٧٧.
٢٦. محي هلال السرحان، القواعد الفقهية و دورها في إثراء التشريعات الحديثة، بدون مكان طبع، ١٩٨٧.
٢٧. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.
٢٨. منذر الفضل،أصول القانون الفرنسي و البريطاني، دراسة مقارنة مع القانون الإسلامي، مطبعة وزارة التربية، اربيل، ٢٠٠٤.
٢٩. منصور مصطفى منصور ، مبادئ القانون، طبعة دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٧٢.
٣٠. ياسين محمد الجبوري،المبسوط في شرح القانون المدني.ج١،مصادر الحقوق الشخصية ،المجلد الاول،نظرية العقد،ط١،دار وائل للطباعة والنشر،الاردن،٢٠٠٢.

ثالثا:- البحوث والرسائل

١. الأستاذ س.ف.كاناريز، سد الفراغ في القانون و موقف النظام القانوني الألماني منه،ترجمة د.عبدالرسول الجصاني، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، سنة ٢٨، العدد الأول،١٩٧٣.
٢. محمد أحمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٥.

رابعا:- القوانين

١.القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

٢. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

٣. القانون المدني الأُردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦